

ЦИВІЛЬНЕ ПРАВО І ЦИВІЛЬНИЙ ПРОЦЕС. МІЖНАРОДНЕ ПРИВАТНЕ ПРАВО

Філатова Наталія Юліївна,
кандидат юридичних наук,
асистент кафедри цивільного права № 1,
Національний юридичний університет
імені Ярослава Мудрого, Україна, м. Харків
e-mail: filatovaukraine@gmail.com
ORCID 0000-0003-4243-3990

doi: 10.21564/2414–990x.136.91899

УДК 347.441

ПРАВОЧИНИ З ВИКОРИСТАННЯМ ЕЛЕКТРОННОЇ ФОРМИ ПРЕДСТАВЛЕННЯ ІНФОРМАЦІЇ

Розглянуто поняття електронної форми представлення інформації і її співвідношення з формами правочинів. З'ясовано, що чинне законодавство містить різні підходи до визначення місця електронної форми в системі форм правочинів, однак перевага надається підходу, згідно з яким електронна форма розуміється як різновид письмової форми правочину. Однак для того, щоб правочин вважався вчиненим у письмовій формі, його зміст не лише має бути зафіксований на певних носіях інформації, але й підписаний усіма його сторонами. У зв'язку з цим проаналізовано поняття «електронний підпис» і з'ясовано особливості законодавчого регулювання його створення і використання в різних країнах світу.

Ключові слова: електронна форма представлення інформації; письмова форма правочину; електронний підпис; електронний цифровий підпис; електронний підпис одноразовим ідентифікатором.

Філатова Н. Ю., кандидат юридических наук, ассистент кафедры гражданского права № 1, Национальный юридический университет имени Ярослава Мудрого, Украина, г. Харьков.
e-mail: filatovaukraine@gmail.com ; ORCID 0000-0003-4243-3990

Совершение сделок с использованием электронной формы представления информации

Рассмотрено понятие электронной формы представления информации и ее соотношение с формами сделок. Выяснено, что действующее законодательство содержит различные подходы к определению места электронной формы в системе форм сделок: согласно одним нормативно-правовым актам электронная форма понимается как самостоятельная разновидность формы сделок, согласно другим – как разновидность письменной формы. Автором обосновано, что предпочтение должно отдаваться второму подходу. Однако не всякая сделка, совершенная с использованием электронных средств связи, может считаться заключенной в письменной форме: для этого она должна быть подписана всеми ее сторонами. Проанализировано понятие «электронная подпись» и особенности законодательного регулирования ее создания и использования в различных странах мира.

Ключевые слова: електронная форма представления информации; письменная форма сделки; электронная подпись; электронная цифровая подпись; электронная подпись одноразовым идентификатором.

Вступ. Життя сучасного суспільства нерозривно пов'язане із технологічним прогресом, який накладає свій відбиток на всі сфери життєдіяльності кожної людини і людства в цілому. Мало не щодня з'являються нові засоби комунікації, які значно спрощують і полегшують можливість передання і отримання інформації. Завдяки появі і розповсюдженню мережі Інтернет стало можливим встановлення швидкого з'єднання між особами, що мають місцезнаходження у різних куточках світу, і обмін даними між ними. Звісно, такі переваги сучасних технологій не залишилися поза увагою бізнес-середовища, яке одразу ж почало активно використовувати новітні засоби електронного зв'язку при укладенні торговельних угод. Проте не завжди нові форми і способи досягнення домовленостей вписуються в усталені правові конструкції, сферою регулювання яких в першу чергу виступають традиційні усні і письмові (паперові) форми волевиявлення учасників ділового обороту. Тому розвиток новітніх технологій кидає своєрідний виклик правовим системам, змушуючи вчених-правників, законодавців і правозастосовців по-новому осмислити низку правових інститутів.

Тривалий час законодавство України, яким регулювалось укладення договорів за допомогою засобів електронного зв'язку, перебувало у явно незадовільному стані. На початку 2000-х років були прийняті закони України «Про електронний цифровий підпис» від 22 травня 2003 р. № 852-IV і «Про електронні документи та електронний документообіг» від 22 травня 2003 р. № 851-IV, які встановлювали занадто жорсткі вимоги до оформлення електронних документів, чим більшою мірою ускладнювали електронний документообіг, аніж полегшували його. Однак у 2015–2016 рр. ситуація змінилась. Було прийнято Закон України «Про електронну комерцію» від 3 вересня 2015 р. № 675-VIII (далі – Закон про електронну комерцію), який запровадив низку нових законодавчих дефініцій і унормував порядок укладення електронних договорів. Важливою подією стало також прийняття Закону України «Про внесення змін до деяких законів України щодо усунення адміністративних бар'єрів для експорту послуг» від 3 листопада 2016 р. № 1724-VIII, який, зокрема, спрощує процедуру укладення зовнішньоекономічних контрактів за допомогою засобів електронного зв'язку. Водночас низка питань, пов'язаних з укладенням і оформленням електронних правочинів, так і залишилась або зовсім не вирішеною, або вирішеною у досить суперечливий спосіб.

Аналіз літературних даних і постановка задачі дослідження. Проблемам укладення договорів за допомогою електронних засобів зв'язку присвячено чимало робіт вітчизняних учених, з-поміж яких А. В. Чучковська [1], В. М. Желіховський [2], С. В. Злобін [3], Ю. О. Борисова [4] та інші. Однак, по-перше, дослідження цих вчених були проведені ще до прийняття нових законодавчих актів у сфері регулювання електронної комерції, і тому вони

не враховують найновіших змін. По-друге, роботи цих авторів присвячені здебільшого аналізу вітчизняного законодавства і законодавства країн СНД. Проте вбачається, що з огляду на специфічні ознаки мережі Інтернет, його всеохоплюючий, всесвітній характер, вкрай важливим є проведення порівняльного аналізу особливостей укладення і оформлення електронних договорів за законодавством різних країн, а також вивчення положень міжнародних правових актів, що регулюють ці питання. Варто відзначити, що в зарубіжній правовій доктрині проблемам електронних договорів присвячені роботи Daniel j. Greenwood Ray (США), A. Campbell (США) [5], Christopher Kuner (Бельгія) [6], Anja Miedbrodt (Німеччина) [6], Gijssella Finocchiaro (Італія) [7], A. I. Савельєва (Російська Федерація) [8], В. М. Єліна (Російська Федерація) [9] та багатьох інших. Досвід зарубіжних країн у сфері правового регулювання електронних договорів, який описано в цих роботах, є достатньо цікавим і має бути проаналізований для розуміння й подолання хиб вітчизняного законодавства у цій сфері.

З огляду на вищезазначене **метою** цієї статті є здійснення комплексного порівняльного аналізу законодавства України і зарубіжних країн, яким регулюються особливості оформлення електронних правочинів. Відповідно до мети поставлено **завдання**: з'ясувати місце електронної форми представлення інформації у системі форм вчинення правочинів; встановити, яким чином наявність або відсутність підпису на електронному правочині впливає на його дійсність або на факт його вчинення; з'ясувати правову природу різних видів електронних підписів.

Основна частина. Вирішення цих завдань має не лише теоретичне, але й важливе практичне значення. У вітчизняній судовій практиці непоодинокими є спори з приводу укладення договорів за допомогою електронних засобів зв'язку. Декілька таких спорів уже ставали предметом розгляду вищих судових інстанцій. Так, Вищим господарським судом України (далі – ВГСУ) розглядалася справа за позовом Державного підприємства «Конотопський авіаремонтний завод «Авіакон» (позивач) до Товариства з обмеженою відповідальністю «Український папір» (відповідач). У цій справі позивач просив суд зобов'язати відповідача здійснити поставку канцелярських товарів, а відповідач, у свою чергу, заперечував наявність у нього такого обов'язку у зв'язку з відсутністю договірних відносин між ним і позивачем. Свою позицію відповідач обґрунтовував тим, що згідно з ч. 1 ст. 638 ЦК України договір є укладеним, якщо сторони в належній формі досягли згоди з усіх істотних умов договору. Належною формою договору в цій ситуації в силу приписів ч. 1 ст. 208 ЦК України є письмова форма, оскільки договір укладається між двома юридичними особами. Однак насправді договір було укладено шляхом обміну електронними повідомленнями між сторонами, який відбувся за результатами проведення публічних торгів через електронний торгівельний майданчик «SmartTender.biz». Тому вимога закону щодо письмової форми правочину, що в цій ситуації вимагається законом, дотримана сторонами не була [10].

На користь практичної значущості цього дослідження свідчить й інша ситуація, яка поки що не ставала об'єктом судового розгляду, однак достатньо часто є предметом звернення суб'єктів електронної комерції до адвокатів і юрисконсультів з метою отримання роз'яснень. Як відомо, одним з найбільш розповсюджених видів продукції, яка придбавається користувачами через мережу Інтернет, є програмне забезпечення, мобільні додатки та інші програмні продукти. Усі ці об'єкти є результатами інтелектуальної діяльності людини, а тому для передання прав на їх використання необхідно укласти договори щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності (Глава 75 ЦК України). За загальним правилом, ці договори повинні укладатися в письмовій формі і в разі її недодержання є *нікчемними* (ч. 2 ст. 1107 ЦК України). Очевидно, що в цій ситуації «ціна помилки» є достатньо високою, оскільки недоліки в оформленні таких договорів можуть спричинити значні фінансові втрати для суб'єктів електронної комерції. У зв'язку з цим перед юристами часто ставиться завдання віднайти певний справедливий баланс між формальними вимогами, з одного боку, і простотою оформлення таких електронних договорів, з іншого боку, аби складність їх укладення не відлякувала потенційних клієнтів. І в ході виконання цього завдання юристи неминуче стикаються з такими питаннями: чи вважається договір таким, що укладений в письмовій формі, якщо його зміст зафіксовано в одному чи декількох електронних документах? Які формальні вимоги повинні бути дотримані сторонами такого договору? І яким чином звичайний Інтернет-користувач повинен його підписати?

І. Електронна форма представлення інформації і її місце серед форм вчинення правочинів

Як на рівні міжнародних документів (зокрема, Конвенції ООН про використання електронних повідомлень у міжнародних договорах 2005 р. (п. «с» ст. 4) [11]), так і на рівні національних законодавств, електронна форма представлення інформації розуміється у найбільш широкому сенсі. Під цією формою розуміються будь-які засоби, що використовуються для підготовки, відправлення, отримання або зберігання інформації з використанням електронних, оптичних або аналогічних технологій, включаючи електронний обмін даними, електронну пошту, телеграму, телекс або телефакс, але не обмежуючись ними. В офіційних роз'ясненнях ЮНСІТРАЛ вказується на те, що під час розробки цього визначення планувалось, з одного боку, охопити будь-які застарілі технології, які все ж можуть використовуватись під час передання інформації (навіть такі, як телекс і телефакс), а з іншого – передбачити можливість включення до кола таких технологій і ті, які невідомі людству на даний момент, однак можуть виникнути у майбутньому [11, с. 46].

Аналогічний підхід до визначення електронної форми представлення інформації підтримано і в українському законодавстві. Так, у ст. 2 Закону про електронну комерцію така форма визначається як спосіб документування інформації, що означає створення, запис, передачу або збереження інформації у цифровій чи іншій нематеріальній формі за допомогою електронних, магнітних,

електромагнітних, оптичних або інших засобів, здатних до відтворення, передачі чи зберігання інформації.

Однак *форма представлення інформації* в контексті матеріального права не завжди має самостійне правове значення, оскільки цивільне законодавство традиційно оперує поняттям «форми правочину». Вочевидь ці поняття не є тотожними: якщо поняття «*форма правочину*» традиційно охоплює лише два різновиди форм (усна і письмова), то поняття «форма представлення інформації» може включати найрізноманітніші прояви волі особи (жести, міміка, різноманітні дії, усна і фіксована мова тощо). Іншими словами, форма представлення інформації в цьому контексті – поняття, тотожне поняттю «способи вчинення», яке згадується в ст. 205 ЦК України. Тому для вирішення практичних завдань, що виникають при укладенні договорів за допомогою електронних засобів зв'язку, необхідно з'ясувати, яке місце займає електронна форма представлення інформації серед форм правочинів.

Як свідчить законодавство і судова практика зарубіжних країн, існує декілька підходів до вирішення вказаного питання. Згідно з першим підходом електронна форма розглядається як *самостійний різновид* форм правочинів. Цей підхід, зокрема, втілений у цивільному законодавстві Німеччини. Так, ст. 126a Цивільного кодексу Німеччини має назву «електронна форма», що свідчить про надання цій формі самостійного значення. Водночас зі змісту цієї статті випливає, що за умови дотримання певних технічних вимог електронна форма може бути прирівняна до письмової форми правочину. Проте це скоріше не ототожнення цих форм, а лише презумпція їх однакового правового значення в окремих ситуаціях [12].

Згідно з іншим підходом електронна форма розуміється як *різновид письмової форми правочину*. Цей підхід вперше був сформульований у судовій практиці США. Цікавим у цьому контексті є одне хрестоматійне судове рішення у справі *Howley v. Whipple* (1896 рік). У цьому судовому спорі виникло питання про те, чи вважається укладеним у письмовій формі договір, якщо сторони обмінялися між собою повідомленнями за допомогою телеграфу. Верховний Суд штату Нью-Гемпшир дав позитивну відповідь, сформулювавши при цьому достатньо оригінальну правову позицію. На думку суду, «...немає ніякого значення, чи були оферта або акцепт написані за допомогою звичайних пера і чорнил, чи як перо виступав мідний провід довжиною в тисячу миль. Неважливо також і те, що для укладення звичайного письмового договору сторони використовують чорнила, які не стираються, а при укладенні договору за допомогою нових технологій задіюється певна неловима речовина, якою є електрика». Майже аналогічні правові позиції були сформульовані судами США і при вирішенні питання про додержання письмової форми договору у разі укладення його за допомогою обміну повідомлення телексом, телефаксом, факсом або через мережу Інтернет [5, с. 325–336].

Крім цих підходів, у сучасній науковій літературі зустрічається ще один. Ураховуючи те, що більшість сучасних електронних договорів укладається

шляхом приєднання Інтернет-користувачів до умов договору, викладених на певному веб-сайті, деякі вчені вважають, що в цьому разі має місце своєрідна *суміш письмової і конклюдентної форми правочину* [9, с. 54].

Яким же чином це питання вирішується на рівні вітчизняного законодавства? З аналізу норм ЦК України випливає, що електронна форма представлення інформації не визнається самостійним різновидом форми правочину. Так, у ч. 1 ст. 205 ЦК України вказується, що правочин може бути вчинений усно або в *письмовій (електронній) формі*. Таким чином, дихотомічний поділ форм правочинів на усну і письмову, який є традиційним для вітчизняної правової системи, залишається непорушним навіть після внесення змін у зв'язку з прийняттям Закону про електронну комерцію. Електронна форма не є самостійним видом форм правочинів і може розглядатися лише як різновид письмової форми.

Водночас дещо інше враження може скластися під час аналізу положень інших законодавчих актів. Так, у ч. 2 ст. 6 Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність», яка була викладена в новій редакції з прийняттям Закону № 1724-VIII від 03.11.2016 р., визначаються можливі форми укладення договорів і вказується, що зовнішньоекономічний контракт укладається у простій письмовій *або* в електронній формі, якщо інше не передбачено міжнародним договором України чи законом. Таким чином, у цьому законі електронна форма вочевидь розуміється як окремий різновид форми правочину, що не узгоджується з підходом, втіленим у ЦК України. Втім, зважаючи на те, що ЦК України є основним актом цивільного законодавства, а також беручи до уваги правову позицію, викладену в Рішенні Конституційного Суду України від 13 березня 2012 р. № 5-рп/2012 [13], положення Цивільного кодексу України мають перевагу над нормами інших законів.

Таким чином, незважаючи на певну неоднозначність чинного законодавства, підхід, згідно з яким електронна форма є різновидом письмової форми правочину, має перевагу. Але чи завжди електронна форма представлення інформації може бути повною мірою прирівняна до письмової форми? Згідно з ч. 2 ст. 207 ЦК України правочин вважається вчиненим у письмовій формі, якщо він *підписаний його стороною (сторонами)*. Таким чином, згідно з вітчизняним законодавством підпис є обов'язковим реквізитом (атрибутом) письмової форми правочину. Тому не будь-який правочин, умови якого зафіксовані в електронній формі, може вважатися вчиненим у письмовій формі, а лише той, що підписаний його стороною (щодо односторонніх правочинів) або сторонами (щодо дво- і багатосторонніх правочинів).

Слід відзначити, що такий підхід до розуміння письмової і прирівняних до неї форм правочинів превалює майже в усіх країнах континентального права. Як свідчать результати порівняльно-правового дослідження законодавств країн ЄС, проведені у зв'язку з розробкою Європейського цивільного кодексу, письмова форма правочину вимагає наявності не лише текстового виразу інформації, але й підпису сторони (сторін) у таких країнах, як Німеччина, Естонія, Греція, Великобританія та деяких інших. Однак у найновіших дослідженнях зарубіж-

них учених, які були втілені у Принципах, дефініціях і модельних правилах європейського приватного права (далі – DCFR), посилені вимоги до письмової форми правочинів розглядаються як певний рудимент права, «заточеного» під доелектронні засоби комунікації. Тому в § I.–1:106 DCFR письмова форма визначається як така форма вчинення правочину, що втілена у текстовому вигляді і зафіксована за допомогою приладів, які дозволяють відтворити її на паперовому носії або на будь-якому іншому матеріальному засобі, що гарантує довговічність її збереження у незмінному вигляді. Як вбачається з цього визначення і як зазначають самі розробники кодифікації, підпис не є обов'язковим реквізитом письмової форми, а є самостійною додатковою вимогою, яка може бути встановлена для оформлення окремих видів правочинів [14, с. 153–155].

Аналогічний підхід втілено й у міжнародних актах, прийнятих в рамках ЮНСІТРАЛ. Так, у Типовому законі про електронну торгівлю 1996 р. і в Конвенції ООН про використання електронних повідомлень у міжнародних договорах 2005 р. окремо визначаються: а) умови, за яких електронний документ може прирівнюватись за юридичною силою до письмового документа; б) умови, за яких електронний документ може вважатися підписаним; в) умови, за яких електронний документ прирівнюється до оригіналу документа. На думку ЮНСІТРАЛ, різні вимоги до форми документів (правочинів) мають різний ступінь гарантування надійності документів і їх збереження у незмінному вигляді. У системі цих формальних вимог вимогу щодо «письмової форми» слід розглядати як найнижчу сходинку. Натомість вимоги щодо наявності підпису на документі і щодо представлення інформації «в оригіналі» мають більш високий ступінь і повинні розглядатись окремо [15, с. 21].

Вважаємо, що такий підхід справді заслуговує на увагу і краще відповідає сучасності, ніж той, який сформульовано в чинному законодавстві України. Сьогодні більшість електронних договорів укладається шляхом приєднання Інтернет-користувачів до умов договору, розміщених суб'єктом електронної комерції на веб-сайті, і не завжди при цьому можна встановити, чи було під час укладення такого договору виконано вимоги щодо його підпису. Тим не менше, укладений у такий спосіб договір існує на певних носіях інформації, є зафіксованим і повинен зберігатися сторонами договору в незмінному вигляді, що вочевидь не дозволяє віднести його до категорії усних договорів. Тому вбачається, що вимоги вітчизняного законодавства щодо письмової форми правочину повинні бути найближчим часом переглянуті. Адже навіть у законодавствах сусідніх країн зроблені відповідні кроки назустріч сучасним реаліям. Так, згідно з ч. 3 ст. 434 і ч. 3 ст. 438 Цивільного кодексу РФ письмова форма договору вважається дотриманою, якщо письмова оферта прийнята акцептантом шляхом здійснення ним певної конклюдентної дії (відвантаження товарів, надання послуг, оплата певної суми і т.д.) [16]. Очевидно, що вказані норми спрощують процедуру укладення і електронних договорів у тому числі, оскільки не вимагають для дотримання письмової форми наявності підписів усіх сторін договору.

Тим не менше, поки відповідні зміни не внесені до чинного законодавства, наявність підпису всіх сторін правочину є обов'язковим атрибутом письмової форми. Відсутність же підпису сторони (сторін) на може щонайменше ускладнити процедуру доведення факту вчинення такого правочину (абз. 2 ч. 1 ст. 218 ЦК України), а в окремих випадках може навіть бути підставою нікчемності правочину в цілому, як у прикладі з договорами щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності (абз. 1 ч. 1 ст. 218 ЦК України). Тому для уникнення проблем у практиці правозастосування необхідно з'ясувати, які види підписів можуть бути використані під час оформлення електронних договорів і яку юридичну силу має кожен різновид підпису.

II. Поняття і види електронного підпису

Укладення електронних договорів має низку технічних особливостей, які унеможливають використання традиційного власноручного підпису. Тому для забезпечення їх належного оформлення були сконструйовані певні альтернативи власноручного підпису особи, які замінюють цей підпис в електронному середовищі. Так, у законодавстві різних країн і в міжнародних документах з'явилося поняття «*електронний підпис*», під яким розуміються дані в електронній формі (електронний символ, процес тощо), що додаються або логічно пов'язуються з електронним записом і призначені для ідентифікації підписанта такого запису. У науковій літературі електронні підписи умовно поділяють на три групи: а) ті, які засновані на даних, про які відомо лише підписанту (наприклад, пін-код, пароль входу в інформаційну систему тощо); б) ті, які базуються на даних, що містяться на носіях, які перебувають під контролем підписанта (наприклад, код спеціальної картки); в) ті, які використовують фізичні характеристики підписанта (відбитки пальців, структура сітківки ока тощо) [7, с. 130].

Залежно від того, який статус надається різним видам електронних підписів, у світі виокремлюється три моделі правового регулювання створення і використання електронних підписів при вчиненні правочинів: мінімалістичну, цифрову і протоцифрову [17, с. 653].

Мінімалістична модель (США, Канада) базується на принципі технологічного нейтралітету. У рамках цієї моделі всім можливим різновидам електронних підписів надається однакова юридична сила і всі вони прирівнюються до власноручного підпису особи. При цьому на рівні законодавства до електронних підписів не висуваються жодні технічні вимоги. Так, згідно з офіційними роз'ясненнями Загального закону США про електронні правочини (UETA), електронним підписом особи може вважатися навіть її ім'я, вказане в електронній пошті, яку ця особа використовує в процесі укладення договору. Утім це не означає, що суд зобов'язаний визнати юридичну силу за правочином, навіть якщо існують сумніви стосовно того, чи справді він був підписаний особою, яка зазначена в ньому як підписант, і чи не було підписання такого правочину наслідком протиправного заволодіння особистими даними підписанта. Якщо хоча б одна зі сторін спору вказує на наявність таких сумнівів, суд зобов'язаний дослідити, чи було під час підписання правочину насправді виражено намір

відповідної сторони на його вчинення, і чи вжила сторона, яка покладалася на справжність такого підпису, достатніх заходів для ідентифікації свого контрагента [18, с. 195–199]. Іншими словами, в рамках мінімалістичної моделі на рівні законодавства встановлена лише презумпція однакової юридичної сили будь-яких різновидів електронних підписів. Тому багато спірних питань, пов'язаних із встановленням підrobок і фальсифікацій електронного підпису, а отже, і з дійсністю правочинів, вирішуються в кожному конкретному випадку (так зване «*case-by-case regulation*») і покладаються фактично на розсуд суду.

Протилежною мінімалістичній є *цифрова модель (digital model)*, розповсюджена у країнах континентального права (Німеччина, Італія та інші). Оскільки при укладенні договорів за допомогою електронних засобів зв'язку вірогідність неправомірного перехоплення інформації, протиправного заволодіння особистими даними особи є більш високою, ніж при звичайному, паперовому оформленні договорів, основна увага в рамках цієї моделі приділяється питанням безпеки електронних підписів і мінімізації ризиків їх підrobки. На думку розробників цієї моделі, електронний підпис може вважатись повним аналогом власноручного підпису, лише якщо він здатен виконувати такі ж функції, як і власноручний, а саме: функцію ідентифікації особи-підписанта, функцію збереження цілісності і незмінюваності підписаного нею документа і функцію підтвердження волевиявлення особи взяти на себе зобов'язання, що виникають з відповідного правочину. Єдиним різновидом електронного підпису, який може виконувати усі вказані функції, є електронний цифровий підпис (далі – ЕЦП).

ЕЦП створюється і перевіряється з використанням особливого способу шифрування даних – криптографії. Застосування такого підпису передбачає здійснення низки технічних процедур. Спочатку підписант майбутнього електронного документа визначає його межі. Після цього визначений ним документ за допомогою спеціальної технології, яка іменується хешуванням, перетворюється на стислу модель первісного документа у вигляді коду (хешу). Далі програмне забезпечення підписанта конвертує отриманий результат хешування власне в електронний цифровий підпис за допомогою спеціального алгоритму, що іменується *приватним ключем*. Цей ключ відноситься виключно до обробленого за його допомогою документа. *Таким чином, ЕЦП являє собою результат криптографічної обробки документа, який підписується за його допомогою.*

Після того, як цифровий підпис створено, документ відправляється іншій стороні договору (далі – «сторона, що покладається»). Для того, щоб ця сторона могла перевірити справжність підпису, вона використовує так званий «*публічний ключ*» – параметр алгоритму, який відрізняється від приватного ключа, однак використовує таку ж функцію хешування, як і приватний ключ, використаний при створенні цифрового підпису. Іншими словами, приватний ключ є своєрідним «замком», який може бути відкритий лише одним «ключем», – публічним ключем, що йому відповідає. Якщо сторона, що покладається, використовує необхідний публічний ключ і дані документа після його підписання не були змінені, перевірка цифрового підпису проходить успішно.

Однак для того, щоб провести перевірку ЕЦП, не достатньо лише володіти публічним ключем і отримати позитивний результат перевірки. Публічний ключ призначений лише для верифікації підпису, однак він не здатен гарантувати того, що ЕЦП був накладений саме підписантом. Щоб переконатися у факті підписання документу саме підписантом, а не кимось іншим, необхідно, щоб це підтвердила якась стороння особа, якій можна довіряти. Такою особою виступає так званий «сертифікаційний центр» або «центр сертифікації ключів» (за вітчизняним законодавством). Завданням цього центру є видача стороні, що покладається на підпис свого контрагента, сертифіката публічного ключа – електронного документа, який засвідчує чинність і належність публічного ключа підписанту. Найчастіше такою особою виступає або державна установа, або інша юридична особа, яка пройшла спеціальну акредитацію, що підтверджує її авторитетність (детальніше про створення і перевірку цифрового підпису – у Керівництві щодо прийняття Типового закону ЮНСІТРАЛ про електронні підписи 2001 р. [19]).

Таким чином, головними перевагами ЕЦП перед іншими видами електронних підписів є те, що він має більшу надійність і забезпечує можливість не лише ідентифікації особи-підписанта, але й можливість перевірки цілісності і незмінюваності документа після його підписання. Тому цифрова модель регулювання має перевагу в тому, що вона формулює для учасників цивільних відносин певний технологічний стандарт, за умови дотримання якого (і лише якого) сторони майбутнього договору можуть уникнути можливих спорів з приводу того, чи був договір підписаний кожною з них і чи не був його зміст згодом змінений. Ці обставини не підлягають ні спростуванню, ні доказуванню в судовому процесі [6, с. 149]. Утім, у такій моделі є й свої недоліки. По-перше, вона приречена на певну недовговічність, оскільки розрахована на використання лише однієї технології створення підпису. Якщо ж у майбутньому буде винайдена інша, не менш надійна технологія, доведеться змінювати закон. По-друге, і при використанні ЕЦП залишається можливість зловживань і підробок документів. Це може статися у випадку розголошення підписантом даних про його приватний ключ або втрати ним контролю над цим ключем.

Певним «компромісом» між двома вищезазначеними моделями є так звана «*протоцифрова модель*». Цій моделі надано перевагу в окремих штатах США (наприклад, у Каліфорнії), а також на рівні міжнародних документів, таких як Директива 1999/93/ЄС «Про систему електронних підписів, що застосовується в межах Співтовариства», Конвенції ООН про використання електронних повідомлень у міжнародних договорах 2005 р. [11], а також DCFR [14]. В основу цієї моделі покладено, з одного боку, принцип технологічної нейтральності, а з іншого, систему критеріїв, на підставі яких той чи інший різновид електронного підпису може визнаватися аналогом власноручного. Зокрема, згідно з ч. 3 ст. 9 названої Конвенції електронне повідомлення вважається підписаним, якщо: а) використаний будь-який спосіб для ідентифікації підписанта і вказані його наміри щодо інформації, яка міститься в електронному повідомленні;

б) цей спосіб або є настільки надійним, наскільки це відповідає меті, для якої електронне повідомлення було підготовлене або передане, з урахуванням усіх обставин, включаючи будь-які домовленості, або дозволив виконати функції ідентифікації, описані в підпункті (а).

Якщо ж звернутися до законодавства України, то можна дійти висновку, що модель, покладену в основу регулювання відносин зі створення і використання електронних підписів, не можна однозначно віднести до жодної з трьох вищеперерахованих моделей, що сформувалися в світі. До моменту прийняття Закону про електронну комерцію законодавство України відповідало ознакам цифрової моделі. Після ж його прийняття, вочевидь, відбувся відхід від цієї моделі. Однак правовий статус різних видів електронних підписів відтепер визначається в законодавстві достатньо суперечливо, що не дає можливості зробити однозначний висновок щодо обраної вітчизняним законодавцем моделі правового регулювання.

Так, чинним ЦК України встановлено, що поряд із традиційним власноручним підписом при вчиненні правочинів можуть використовуватися й інші види підписів. Частиною 3 ст. 207 ЦК України визначено, що такими різновидами може бути факсимільне відтворення підпису за допомогою засобів механічного, електронного або іншого копіювання, електронний підпис або інший аналог власноручного підпису. Використання цих видів підпису допускається у випадках, встановлених законом, іншими актами цивільного законодавства або за письмовою згодою сторін, в якій повинні міститися зразки відповідного аналога власноручного підпису. Таким чином, згідно з ЦК допускається використання будь-якого виду електронного підпису, якщо таке використання прямо передбачене законом чи іншим нормативно-правовим актом.

Водночас Законом про електронну комерцію більш детально визначаються різновиди підписів, що можуть бути використані під час оформлення електронного правочину. Так, згідно зі ст. 12 цього Закону, якщо відповідно до акта цивільного законодавства або за домовленістю сторін електронний правочин має бути підписаний сторонами, моментом його підписання є використання:

- електронного підпису або ЕЦП відповідно до Закону України «Про електронний цифровий підпис», за умови використання засобу ЕЦП усіма сторонами електронного правочину;
- електронного підпису одноразовим ідентифікатором;
- аналога власноручного підпису (факсимільного відтворення підпису за допомогою засобів механічного або іншого копіювання, іншого аналога власноручного підпису) за письмовою згодою сторін, у якій мають міститися зразки відповідних аналогів власноручних підписів.

Уже аналізуючи перший різновид підписів, згаданий в абз. 2 ст. 12 Закону про електронну комерцію, стає очевидною внутрішня суперечливість його змісту і можливість різних варіантів його тлумачення. З одного боку, вказаний абзац цієї статті може бути прочитаний таким чином, що і будь-який звичайний електронний підпис (навіть ім'я особи, вказане в електронній пошті), і ЕЦП

мають рівну юридичну силу при підписанні електронних правочинів. З іншого боку, можливим є системне тлумачення цього абзацу в його взаємозв'язку з положеннями Закону України «Про електронний цифровий підпис», до якого цей абзац і відсилає. Згідно зі ст. 3 цього Закону лише ЕЦП за своїм правовим статусом може прирівнюватись до власноручного підпису особи, і то за умови дотримання певних вимог, установлених цим Законом. Натомість звичайний електронний підпис вказаним Законом до власноручного не прирівнюється. Щодо звичайних електронних підписів вказується лише таке: ці підписи не можуть бути визнані недійсними тільки через те, що мають електронну форму або не ґрунтуються на посиленому сертифікаті ключа. Отже, при другому варіанті трактування абз. 2 ст. 12 Закону про електронну комерцію аналогом власноручного підпису може виступати виключно ЕЦП, а не будь-який електронний підпис.

Електронний підпис одноразовим ідентифікатором, згаданий у абзаці 3 ст. 12 Закону про електронну комерцію, є новелою вітчизняного законодавства. Його визначення міститься в пунктах 6 і 12 ч. 1 ст. 3 цього Закону. За своєю сутністю такий підпис являє собою пін-код – алфавітно-цифрову послідовність, яку отримує особа, що авторизувалася в інформаційно-телекомунікаційній системі суб'єкта електронної комерції. Цей код відправляється авторизованій особі за допомогою того засобу зв'язку, який нею був вказаний під час реєстрації (через SMS-повідомлення, лист на електронну пошту тощо). Надалі цей пін-код вводиться особою на сайті, на якому розміщена пропозиція відповідного товару (роботи, послуги абощо). Фактично введення цього коду прирівнюється до підписання договору з боку авторизованої особи.

Незважаючи на доволі просту і зрозумілу для всіх з практики процедуру укладення електронних договорів з використанням такого виду підпису, законодавче регулювання цієї процедури є достатньо суперечливим. По-перше, очевидним недоліком законодавства є заплутаність і неоднозначність визначення власне електронного підпису одноразовим ідентифікатором. Незрозуміло, чому такий підпис визначається саме як «алфавітно-цифрова» послідовність, якщо на практиці пін-код часто являє собою лише послідовність цифр. З цього закономірно випливає питання: чи буде вважатись підписаним договір, якщо в якості ідентифікатора використовувалась лише цифрова або лише алфавітна послідовність? По-друге, з аналізу законодавчих визначень цього підпису не зрозуміло, яка зі сторін формує одноразовий ідентифікатор і направляє його на адресу іншої сторони, і, відповідно, яка сторона повинна ввести цей код для підписання договору. Так, Закон вказує на те, що генерує код і відправляє його контрагенту *оферент*, а використовує код, відповідно, акцептант. Однак, як відомо, на практиці буває достатньо складно визначити, чи є пропозиція, розміщена на сайті суб'єкта електронної комерції, офертою, чи це – лише запрошення робити оферту. Особливо це питання ускладнюється тим, що в законодавстві на сьогодні достатньо неоднозначно врегульовано питання щодо публічної оферти. Очевидно, що краще було б визначити, що генерує підпис володілець

інформаційно-телекомунікаційної системи, а використовує для підписання та особа, яка авторизується у відповідній інформаційній системі.

Висновки. Отже, вчинення правочинів з використанням електронної форми представлення інформації набуває все більшого розповсюдження останнім часом. Швидкі темпи розвитку новітніх технологій, постійна зміна форм і способів вчинення таких правочинів вимагають від юристів нового докорінного переосмислення традиційних правових інститутів і положень національного законодавства. Тому питання, пов'язані з особливостями укладення і оформлення правочинів за допомогою електронних засобів зв'язку, все частіше привертають до себе увагу вчених різних країн.

В Україні протягом останніх декількох років відбулися суттєві зміни у сфері регулювання електронної комерції і електронного документообігу. Ці зміни були спрямовані на спрощення процедур укладення електронних договорів і зняття адміністративних бар'єрів. У цілому слід позитивно оцінити вказані зміни і мету, яка ставилась при їх запровадженні. Водночас не можна переоцінювати значення новел законодавства. Як відомо, зміни до законодавства покликані, в першу чергу, вдосконалювати стан правового регулювання в тій чи іншій сфері й запобігати виникненню ситуацій правової невизначеності в практиці правозастосування.

На жаль, останні зміни до законодавства у сфері електронної комерції й електронного документообігу вказаним стандартам не відповідають. Вони вносять до законодавства колізії, а їх положення допускають різні варіанти трактування. По-перше, явним недоліком новітнього законодавства є втілення у ньому різних підходів до визначення місця електронної форми представлення інформації серед форм вчинення правочинів: згідно з одними нормативними актами така форма визначається як різновид письмової форми правочину, а згідно з іншими – як самостійний вид форми правочину. По-друге, недосконалість законодавства проявляється й у суперечливості підходів до визначення правового статусу різних видів електронних підписів. Крім цього, з точки зору юридичної техніки, якість визначення різних видів електронних підписів у чинному законодавстві є незадовільною. Все це може негативно вплинути на практику правозастосування. По-третє, доводиться констатувати те, що останні зміни до цивільного законодавства не мають системного характеру, а є, так би мовити, «пунктирними». Тому в цілому вимоги до форми правочинів в Україні залишаються такими, що дедалі менше відповідають найсучаснішим тенденціям і реаліям у сфері укладення договорів. Усі окреслені недоліки можуть бути подолані шляхом внесення нових змін до чинного законодавства.

Список літератури:

1. Чучковська А. В. Правове регулювання електронної комерції в Україні / А. В. Чучковська. – Київ : Центр учб. л-ри, 2007. – 224 с.
2. Желіховський В. М. Правові засади електронної комерції в Україні : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.07 Адміністративне право і процес; фінансове право; інформаційне право / В. М. Желіховський. – Київ, 2007. – 20 с.

3. Злобін С. В. Світові тенденції розвитку ринку електронної комерції / С. В. Злобін // Науково-технічна інформація. – 2007. – 1. – С. 47–51.
4. Борисова Ю. До проблеми входження «електронної» форми правочину в традиційну класифікацію форм правочину / Ю. Борисова // Вісник Київського нац. ун-ту ім. Т. Шевченка. Юридичні науки. – Київ : ВПЦ «Київський ун-т», 2011. – Вип. 88. – С. 93–95.
5. Greenwood, Daniel F.; Campbell, Ray A. «Electronic Commerce Legislation: From Written on Paper and Signed in Ink to Electronic Records and Online Authentication». *Business Lawyer* (ABA) 53.1 (1997): 307–340.
6. Kuner, Christopher; Meidbrodt, Anja. «Written Signature Requirements and Electronic Authentication: A Comparative Perspective». *EDI Law Review* 6. Issues 2 and 3 (1999): 143–154.
7. Finocchiaro, Giusella. «Digital Signature and Electronic Signatures: The Italian Regulatory Framework under the d.lgs. 10/2002». *Electronic Communication Law Review* 9.2 (2002): 127–144.
8. Савельев А. И. Электронная коммерция в России и за рубежом: правовое регулирование / А. И. Савельев. – Москва : Статут, 2014. – 543 с.
9. Елин В. М. Правовая характеристика договоров, заключаемых в Интернет-среде / В. М. Елин // Государство и право. – 2012. – № 12. – С. 52–58.
10. Постанова Вищого господарського суду України від 28 вересня 2015 р. у справі № 910/5378/15-г [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/51825591>.
11. Конвенция Организации Объединенных Наций об использовании электронных сообщений в международных договорах (Нью-Йорк, 2005) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/electcom/06-57454_Ebook.pdf.
12. German Civil Code of 1896 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/index.html.
13. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням громадянки Галкіної Зінаїди Григорівни щодо офіційного тлумачення положення частини четвертої статті 3 Закону України «Про запобігання впливу світової фінансової кризи на розвиток будівельної галузі та житлового будівництва» (справа про заборону розірвання договорів інвестування житлового будівництва) від 13 березня 2012 р. № 5-рп/2012) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/KS12011.html.
14. Bar, C., Clive, E. M., Study Group on a European Civil Code., & Research Group on the Existing EC Private Law. (2009). Principles, definitions and model rules of European private law: Draft common frame of reference (DCFR). Munchen: Sellier. European Law Publishers.
15. UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce with Guide to Enactment 1996 with additional article 5 bis as adopted in 1998 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/electcom/05-89450_Ebook.pdf.
16. Гражданский кодекс Российской Федерации от 21 октября 1994 г. № 51-ФЗ [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://base.garant.ru/10164072/>.
17. Domanowski, Steven. «E-Sign: Paperless Transactions in the New Millennium». *DePaul Law Review* 51.2 (2002): 619–676.
18. Moringiello, Juliet M. and Reynolds, William L., Survey of the Law of Cyberspace: Electronic Contracting Cases 2005-2006. U of Maryland Legal Studies Research Paper № 2007-11; *Business Lawyer*, Vol. 62, № 1, pp. 195–207. November 2006. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=917391>.
19. Типовой закон ЮНСИТРАЛ об электронных подписях (2001 год) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/electcom/ml-elecsig-r.pdf>.

References:

1. Chuchkovs'ka, A.V. (2007). *Pravove rehuliuвання elektronnoi komertsii v Ukraini* [Legal Regulation of E-commerce in Ukraine]. Kyiv : Tsentр uchbovoi literatury, 224 p. [in Ukrainian].
2. Zhelikhovs'kyj, V.M. (2007). *Pravovi zasady elektronnoi komertsii v Ukraini* [Legal Aspects of E-commerce in Ukraine]. *Extended abstract of candidate's thesis*. Kyiv [in Ukrainian].

3. Zlobin, S.V. (2007). Svitovi tendentsii rozvytku rynku elektronnoi komertsii [The Worldwide Tendencies of E-commerce Development]. *Naukovo-tekhnychna informatsiia – Scientific and Technical Information*, 1, 47–51 [in Ukrainian].

4. Borysova, Yu. (2011). Do problemy vkhodzhennia «elektronnoi» formy pravochynu v tradytsijnu klasyfikatsiiu form pravochynu [The problem of entering of the «electronic» transaction form in the traditional classification of transaction forms] *Visnyk Kyivs'koho natsional'noho universytetu im. T. Shevchenka. Yurydychni nauky – The Herald of Taras Shevchenko National University of Kyiv. Legal Science*, 88, 93–95 [in Ukrainian].

5. Greenwood, Daniel F.; Campbell, Ray A. «Electronic Commerce Legislation: From Written on Paper and Signed in Ink to Electronic Records and Online Authentication». *Business Lawyer (ABA)* 53.1 (1997): 307–340.

6. Kuner, Christopher; Meidbrodt, Anja. «Written Signature Requirements and Electronic Authentication: A Comparative Perspective». *EDI Law Review* 6. Issues 2 and 3 (1999): 143–154.

7. Finocchiaro, Giusella. «Digital Signature and Electronic Signatures: The Italian Regulatory Framework under the d.lgs. 10/2002». *Electronic Communication Law Review* 9.2 (2002): 127–144.

8. Savel'ev, A.I. (2014). Jelektronnaja komercija v Rossii i za rubezhom: pravovoe regulirovanie [E-commerce in Russia and Abroad: Legal Regulation]. – Moscow: Statut [in Russian].

9. Elin, V.M. (2012). Pravovaja charakteristika dogovorov, zakljuchaemyh v Internet-srede [Legal Characteristic of Electronic Contracts] *Gosudarstvo i pravo – State and the Law*, 12, 52–58 [in Russian].

10. Postanova Vyschoho hospodars'koho sudu Ukrainy vid 28 veresnia 2015 roku v spravi № 910/5378/15-h [The Ruling of the Supreme Economic Court of Ukraine of 28.09.2015 № 910/5378/15-h]. *reyestr.court.gov.ua*. Retrieved from: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/51825591> [in Ukrainian].

11. Konvencija Organizacii Ob#edinennyh Nacij ob ispol'zovanii jelektronnyh soobshhenij v mezhdunarodnyh dogovorah (New York, 2005) [United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts (New York, 2005). *uncitral.org*. Retrieved from: http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/electcom/06-57454_Ebook.pdf [in Russian].

12. German Civil Code of 1896. *gesetze-im-internet.de*. Retrieved from: http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/index.html.

13. Rishennia Konstytutsijnoho Sudu Ukrainy u spravi za konstytutsijnym zvernenniam hromadianky Halkinoi Zinaidy Hryhorivny schodo ofitsijnoho tlumachennia polozhennia chastyny chetvertoi statti 3 Zakonu Ukrainy «Pro zapobihannia vplyvu svitovoi finansovoi kryzy na rozvytok budivel'noi haluzi ta zhytloвого budivnytstva» (sprava pro zaboronu rozirvannia dohovoriv investuvannia zhytloвого budivnytstva) vid 13 bereznia 2012 roku N 5-rp/2012) [The Decision of the Constitutional Court of Ukraine in case of Mrs. Halkina Zinaida Hryhorivna about the official interpretation of article 3 (part 4) of the Law of Ukraine on the Prevention of the Worldwide Financial Crisis impact on the Development of Construction Sphere (the Case about the Prohibition of the Housing Construction Contracts Termination) of 13.03.2012 N 5-rp/2012]. *search.ligazakon.ua* Retrieved from: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/KS12011.html [in Ukrainian].

14. Bar, C., Clive, E. M., Study Group on a European Civil Code., & Research Group on the Existing EC Private Law. (2009). *Principles, definitions and model rules of European private law: Draft common frame of reference (DCFR)*. Munchen: Sellier. European Law Publishers.

15. UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce with Guide to Enactment 1996 with additional article 5 bis as adopted in 1998. *uncitral.org*. Retrieved from: http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/electcom/05-89450_Ebook.pdf.

16. Grazhdanskij kodeks Rossijskoj Federacii ot 21 oktjabrja 1994 goda N 51-FZ [Civil Code of the Russian Federation of 21.10.1994 N 51-FZ]. *base.garant.ru*. Retrieved from: <http://base.garant.ru/10164072> [in Russian].

17. Domanowski, Steven. «E-Sign: Paperless Transactions in the New Millennium». *DePaul Law Review* 51.2 (2002): 619–676.

18. Moringiello, Juliet M. and Reynolds, William L., Survey of the Law of Cyberspace: Electronic Contracting Cases 2005-2006. U of Maryland Legal Studies Research Paper No. 2007-11; Business Lawyer, Vol. 62, No. 1, pp. 195-207. November 2006. *ssrn.com*. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=917391>.

19. Tipovoj zakon JuNSITRAL ob jelektronnyh podpisjah (2001 god) [UNCITRAL Model Law on Electronic Signatures (2001)]. *uncitral.org*. Retrieved from: <http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/electcom/ml-elecsig-r.pdf> [in Russian].

Filatova N. Yu., PhD in Law, Assistant of the Civil Law Department № 1, Yaroslav Mudryi National Law University, Ukraine, Kharkiv.

e-mail: filatovaukraine@gmail.com ; ORCID 0000-0003-4243-3990

Bargaining with the use of electronic form

The article analyzes the electronic form and how it relates to the concept of the forms of transactions. The author notices that Ukrainian legislation determines the place of the electronic form in the system of forms of transactions in different ways: according to some legal acts the electronic form is understood as a separate form of transaction, and according to others – as a kind of the writing form. The author proves that preference should be given to the second approach. However, not every transaction made with the use of electronic means of communication, may be deemed to be concluded in written form, but only that one, which is signed by all its parties. In this regard, the author analyzes the concept of «electronic signature» and peculiarities of legal regulation of its creation and using in different countries around the world. According to the results of the comparative analysis the author mentions the shortcomings of Ukrainian legislation in the sphere of e-signs regulation, and shows some possible ways of its improvement.

Keywords: electronic form; the written form; electronic signature; electronic digital signature; electronic signature using a one-time ID.

Надійшла до редколегії 02.02.2017 р.